

Stellungnahme der Ingenieurkammer Hessen zur novellierten Fassung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (HVTG): Die wichtigsten Punkte der Architekten- und Ingenieurvergabe im Unterschwellenbereich nach § 50 UVgO

I. Einleitung

Nach Erlass des **Gesetzes zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung**, LT-Drs. 20/5277 im Juli 2021, tritt dieses **zum 01.09.2021** in Kraft (**Anlage 1**).

Die Landesregierung hat – was die Ingenieurkammer sehr begrüßt – erkannt, dass die bisher geltenden HVTG-Reglungen für Architekten- und Ingenieurleistungen zu starr sind und aufgrund der hohen Anforderungen für öffentliche Auftraggeber wie Auftragnehmer hinderlich sind. So heißt es in der amtlichen Begründung zum neu eingeführten § 12 Abs. 5 HVTG:

„Für Vergaben von freiberuflichen (Dienst-)Leistungen, für die im HVTG 2015 weitestgehend die gleichen Vorschriften gelten wie für andere Dienstleistungen, wird die Sonderregelung des § 50 UVgO für anwendbar erklärt. Die (starren) Vergabevorschriften des HVTG 2015 haben sich bei freiberuflichen Leistungen (insbesondere Architekten-, Ingenieur-, Rechtsanwaltsleistungen) als nicht praxisgerecht erwiesen (z.B. die Aufforderung von fünf Bietern bei einem Auftragswert unter 50.000 €). Wegen der Besonderheiten der freiberuflichen Leistungen ist in der UVgO ein separater Paragraph aufgenommen worden. Es wird für sachgerecht gehalten, diese Regelung, die einerseits den Wettbewerb sichert, andererseits keine starren Vorgaben enthält, im hessischen Unterschwellenrecht im Interesse der Auftraggeber und der Bieter zu übernehmen.“¹

Nach § 12 Abs. 5 HVTG gilt für Vergaben von Architekten- und Ingenieurleistungen im Bereich unterhalb des Schwellenwertes für europaweite Vergaben (derzeit 214.000 EUR für freiberuflichen Leistungen) nun **§ 50 Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)**. Dieser lautet:

„Öffentliche Aufträge über Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, sind grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Dabei ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.“

In der Begründung zum § 50 UVgO heißt es weiter:

„Die Vergabe von freiberuflichen Leistungen ist in § 50 speziell geregelt. Die Vorschrift greift die Regelung Nr. 2.3 der allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 55 der Bundeshaushaltsordnung – ähnliche Regelungen finden sich teils auf Landesebene – auf und stellt klar, dass auch freiberufliche Leistungen

¹ LT-Drs. 20/5277.

grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben sind. Dabei ist ohne die Bindung an die übrigen Vorschriften der UVgO so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäftes oder nach den besonderen Umständen möglich ist.“²

Wie die amtliche Erläuterung deutlich macht, ist der Regelungsinhalt des § 50 UVgO bewusst unbestimmt gefasst worden, um den öffentlichen Auftraggebern Spielraum bei der Ausgestaltung der Vergaben zu lassen. Es bleibt jedoch nicht aus, dass dies für die Vergabepaxis auch eine erhebliche Rechtsunsicherheit bedeutet. Dies ist insbesondere für geförderte Projekte wichtig, weil bei diesen aufgrund der Fördermittelbedingungen das – auch nationale -³ Vergaberecht strikt einzuhalten ist und bei schwerwiegenden Vergabeverstößen mit einer Rückforderung der Fördermittel in Höhe von regelhaft 25 % der Förderungssumme zu rechnen ist.⁴ Folglich bedarf es sowohl für die Ausschreibung begleitenden Architekten und Ingenieure, als auch für die Kommunen eines (bspw. durch den Vergabeerlass) definierten Verfahrensrahmens, der die Rechtsunsicherheit ausräumt und zugleich die Entscheidungsfreiheit belässt. Im Folgenden werden Möglichkeiten für die Verfahrensgestaltung dargestellt, insbesondere auch mit Blick auf die Praxis aus Bundesländern, die bereits seit Jahren die UVgO in Anwendung haben und schließlich eine Empfehlung für die Vergabepaxis in Hessen geben.

II. Rechtsrahmen

Das **HVTG** gilt erst ab einem geschätzten Auftragswert von EUR 10.000,00 (§ 1 Abs. 1 HVTG). Vorbehaltlich anderweitiger Regelungen im neu abzufassenden gemeinsamen Runderlass zum öffentlichen Auftragswesen Hessen sind unterhalb der EUR 10.000,00 stets Direktvergaben möglich, wie es auch bislang der Fall war.⁵ Letzteres hat insbesondere für die Beauftragung von Bedarfsermittlungen große Bedeutung (siehe IV.).

Die **UVgO** gilt gleichermaßen wie das **HVTG** neben den haushaltsrechtlichen Regelungen. Für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte gilt grundsätzlich stets die jeweilige **Landeshaushaltsordnung (LHO)**, insbesondere **§ 55 LHO** Hessen, der mit der HVTG-Novelle geändert wurde. § 55 LHO lautet nun:

„Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen muss eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäftes oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Teilnahmewettbewerb ist ein Verfahren, bei dem der öffentliche Auftraggeber nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien auswählt und zur Abgabe von Angeboten auffordert.“ (link)

² BMWI, Bekanntmachung der Erläuterungen zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) – Ausgabe 2017 – Vom 2. Februar 2017, Banz AT 07.02.2017 B 2.

³ EuGH, Urt. v. 26. 05. 2016 – Rs. C-260/14 und C-261/14.

⁴ vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 24.02.2021 - 4 A 2038/16 m. w. N.

⁵ Gemeinsamer Runderlass zum Öffentlichen Auftragswesen vom 2. Dezember 2015 (StAnz. S. 1377).

Zu beachten ist ferner, dass § 7 Abs. 2 LHO für alle finanzwirksamen Maßnahmen **angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen** durchzuführen sind, woraus auch die Notwendigkeit einer Bedarfsermittlung/-planung abzuleiten ist.

Die Vorgaben aus § 55 LHO werden weiter im **Gemeinsamen Runderlass zum öffentlichen Auftragswesen Hessen** geregelt, welcher eine Verwaltungsvorschrift ist. Dieser ist – angepasst an die Neureglungen des HVTG und der LHO – neu aufzulegen.

Ziel jeglicher Ausschreibung ist der Zuschlag auf das **wirtschaftlichste Angebot** (vgl. auch § 2 HVTG). Was wirtschaftlich ist, hat der jeweilige Auftraggeber genauer zu definieren, denn das „wirtschaftlichste Angebot“ ist nicht das preislich günstigste, sondern das Angebot mit dem „besten Preis-Leistungs-Verhältnis“, wie auch § 43 Abs 2 S. 1 UVgO regelt.⁶ Ausfluss dieser Definition und der Wirtschaftlichkeit sind insbesondere die Zuschlagskriterien.

Weiter gilt, dass das wirtschaftlichste Angebot im Rahmen eines **transparenten und fairen Wettbewerbs** ermittelt werden soll. Hierfür gelten folgende stets einzuhaltende Grundsätze:

Fairness & Transparenz (Zugang, Struktur, Durchführung); Geheimwettbewerb; Gleichbehandlung der Wettbewerber und potenziellen Bieter; Mittelstandsschutz (z. B. durch Losbildung) und elektronische Vergabe (vgl. auch § 97 GWB).

III. Vergabe von Ingenieurleistungen nach § 50 UVgO i. V. m. § 12 Abs. 5 HVTG

Der oben bereits zitierte § 50 UVgO stellt lediglich klar, dass bei Architekten- und Ingenieurleistungsvergaben stets so viel Wettbewerb wie möglich und geboten, zu veranstalten ist. Diese Aussage ist im Zusammenhang mit den haushaltsrechtlichen Wettbewerbsgrundsätzen auszulegen. Die wesentlichen Kriterien für die Frage, wieviel Wettbewerb möglich und geboten (**Verhältnismäßigkeit**) ist, sind zum einen das Interesse des Auftraggebers an hinreichendem Wettbewerb einerseits und an der zügigen, wirtschaftlichen Abwicklung des Verfahrens andererseits sowie die Verhältnismäßigkeit des Aufwandes einer Beteiligung an dem Vergabeverfahren zum bekanntgemachten voraussichtlichen Auftragswert; denn insbesondere im Unterschwellenbereich ist darauf zu achten, dass die Kosten für eine Wettbewerbsteilnahme für die möglichen Bieter nicht unverhältnismäßig hoch zum möglichen Umsatz bzw. Gewinn aus der ausgeschriebenen Leistung sind. Hieraus ergibt sich, dass folgendes Mindestmaß an Wettbewerb zu schaffen ist:

1. Verfahrenswahl

Öffentliche oder beschränkte Ausschreibungen mit Teilnahmewettbewerb bieten sich dagegen an, wenn der AG keine ausreichende Zahl an geeigneten Bewerbern kennt und/oder die Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschreiben kann.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt, dass der Ausschreibungsaufwand eine **Direktbeauftragung bzw. ein Verhandlungsverfahren mit nur einem Bieter ohne Vergleichsangebote** rechtfertigt. Zeitlich schnelles Handeln spricht ebenso dafür, wie ein relativ geringer Auftragswert; insbesondere im Ingenieurbereich sind Auftragswerte

⁶ Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 43 Rn. 2.

von EUR 50.000,00 bis EUR 100.000,00 schnell erreicht, ohne dass eine übermäßige Gewinnmarge zum Tragen käme. Auch gelten die Gründe, die es (bei Anwendbarkeit) gem. 12 Abs. 3 i.V.m. § 8 Abs. 4 Nr. 9-14 UVgO erlauben, nur ein Unternehmen zur Abgabe eines Angebots oder zur Teilnahme an Verhandlungen aufzufordern entsprechend.

Die bisherigen Anforderungen an die unterschwellige Vergabe freiberuflicher Leistungen (z. B. Aufforderung von 5 Bietern bei Auftragswerten unter EUR 50.000,00) wurden mit der Gesetzesnovelle aufgegeben; wegen der Besonderheiten der freiberuflichen Leistungen verweist das neue HVTG in § 12 Abs. 5 nun auf § 50 UVgO. Zur **Bieteranzahl** kennt § 50 UVgO keine festen Vorgaben. Es ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder den besonderen Umständen möglich ist. Was unter der Verpflichtung zum Wettbewerb zu verstehen ist, ist nicht ausdrücklich geregelt.⁷ Aus dem Wettbewerbserfordernis dürfen keine starren Mindestanforderungen hergeleitet werden, wie z. B. das Einholen von mindestens drei Angeboten. Die Vorgabe im Verhandlungsverfahren nach 12 UVgO zur Einholung von drei Angeboten ist auf die Vergabe freiberuflicher Leistungen nicht übertragbar, da § 50 UVgO gerade keinen Verweis auf die Vorschrift erkennen lässt. Grundsätzlich indiziert zwar der Begriff des Wettbewerbs die Beteiligung mehr als eines Bieters an der Vergabe. Das Wettbewerbserfordernis schließt die Verhandlungsvergabe mit nur einem Bieter aber nicht per se aus; bereits in der Änderung des gemeinsamen Runderlasses zur Vergabe öffentlicher Aufträge wurde zu § 11 Abs. 3 S. 2 HVTG a. F. ausgeführt, dass es genüge mit 1 Bieter zu verhandeln, wenn die Vergütung gesetzlich geregelt ist.⁸ Vielmehr lässt § 50 UVgO Spielraum, dass freihändige Vergaben zwar grundsätzlich, aber nicht ausschließlich im Wettbewerb zu erfolgen haben; danach bleibt im Einzelfall die Verhandlungsvergabe mit nur einem Bieter möglich.⁹

So sehen auch die Regelungen in **Bayern**¹⁰ wie auch im **Saarland**¹¹ vor, dass Aufträge für Ingenieurleistungen **bis EUR 50.000,00**, die zum weit überwiegenden Teil dem gesetzlichen Preisrecht der HOAI unterliegen oder **bis EUR 100.000,00 Euro**, die zum weit überwiegenden Teil dem gesetzlichen Preisrecht der HOAI unterliegen, wenn sie zu den bisherigen Mindestsätzen der HOAI (nun Basishonorarsatz) vergeben werden, ohne vorherige Einholung von Vergleichsangeboten beschafft werden (**so auch Bremen**)¹²; Saarland sieht Direktaufträge ohne weitere Einzelbegründung und Verhandlung **bis zu EUR 25.000,00** vor. In **Rheinland-Pfalz** ist es bis EUR 25.000,00 Auftragswert zulässig, ohne

⁷ Scharf in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO, 2. Auflage 2019, § 50 Rn. 6.

⁸ Vgl. StAnz Hessen 37/2017 vom 11.09.2017, S. 882.

⁹ Stolz in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, UVgO § 50 Rn. 1.

¹⁰ Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA) mit Inkrafttreten zum 26.03.2020; Handbuch für die Vergabe und Durchführung von Freiberuflichen Dienstleistungen durch die Staatsbau- und die Wasserwirtschaftsverwaltung des Freistaates Bayern.

¹¹ Vergabeerlass Ziff. 3.3,

https://www.saarland.de/SharedDocs/Downloads/DE/mibs/tp_kommunales/kommunale_haushalte_wirtschaft/komm_vergabewesen/Vergabeerlass.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

¹² § 5 Abs. 5 lit. d und e) TtVG Bremen,

https://www.transparenz.bremen.de/metainformationen/bremisches-gesetz-zur-sicherung-von-tariftreue-sozialstandards-und-wettbewerb-bei-oeffentlicher-auftragsvergabe-tariftreue-und-vergabegesetz-vom-24-november-2009-155698?asl=bremen203_tpgesetz.c.55340.de&template=20_gp_ifg_meta_detail_d

Aufforderung weiterer Planungsbüros zur Abgabe eines Angebots mit nur einem Planungsbüro ein Verhandlungsverfahren durchzuführen.¹³ (**Anlage 2**)

Empfehlung der IngK Hessen (siehe auch Anlage 1):

- bis EUR 50.000,00* Direktauftrag ohne weiteres Angebot
- bis EUR 100.000,00* Verhandlungsverfahren mit einem Bieter ohne Vergleichsangebot
- ab EUR 100.000,00* (in Bayern ab EUR 50.000,00) bis Schwellenwert Eignungsanfrage an drei Bieter, Verhandlung mit einem Bieter (der eine Bieter wird aufgrund von Referenzen ausgewählt)

***Hinweis zu Wertgrenzen:**

Die Wertgrenzen beziehen sich auf die Basishonorarsätze für die Grundleistungen, wobei vorausgesetzt wird, dass auch im Wesentlichen lediglich Grundleistungen des jeweiligen Leistungsbildes zu vergeben sind.

Bei den so ermittelten Wertgrenzen, die sich durch den Ansatz der Basishonorarsätze für Ingenieurgrundleistungen berechnen, ist eine **Binnenmarktrelevanz**, bei der sich unabhängig von unterschwelligen Auftragswerten erhöhte Verfahrenserfordernisse (ex-ante-Bekanntmachung) ergeben,¹⁴ in der Regel auszuschließen. Die Annahme einer Binnenmarktrelevanz ist ein Ausnahmefall. Prüfkriterien zur Frage der Binnenmarktrelevanz sind insbesondere die Art des Auftrages und damit zusammenhängende Leistungen sowie der Ort der Leistung.¹⁵ Bei mehr oder weniger Standardprojekten ohne Leuchtturmcharakter und bei den oben angegebenen Auftragswerten sind Bewerbungen von weiter entfernten Büros die Ausnahme, denn der Auftragswert steht in keinem Verhältnis zu längeren Fahrtzeiten.¹⁶ Da sich Hessen im Inland befindet und keine innereuropäischen Grenzen berührt, ist mit Bewerbern aus dem europäischen Binnenmarkt innerhalb der skizzierten Auftragswerte nur in Ausnahmefällen zu rechnen.¹⁷ Dennoch sollte stets vermerkt werden, ob bzw. dass eine Binnenmarktrelevanz auf der Grundlage der Marktsituation negativ beschieden wurde.

2. Eignung

Die **UVgO-Vorschriften zur Eignung** für die Vergabe finden für freiberufliche Leistungen und damit für Ingenieurleistungen **keine Anwendung**. Öffentliche Auftraggeber sollten dies als Chance sehen, auch junge und/oder kleinere Büros und Einheiten zu beauftragen, sodass diese die Möglichkeit bekommen, Erfahrungen für Verfahren im Oberschwellenbereich zu sammeln.¹⁸

¹³ Rundschreiben zur Festsetzung von Auftragswertgrenzen bei Vergaben im Unterschwellenbereich (2019).

¹⁴ vgl. zur Frage der Binnenmarktrelevanz: Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (ABl. 2006/C 179/02).

¹⁵ Vgl. ebd.

¹⁶ Nur in unmittelbarer Grenzlage einer Kommune kann angenommen werden, dass bei Auftragswert über 20.000 € eine Binnenrelevanz regelhaft anzunehmen wäre; vgl.

¹⁷ Vgl. auch https://www.ak-lsa.de/wp-content/uploads/2021/05/AK_auftragsvergabe_2019_web_neu.pdf.

¹⁸ Zimmermann, ZfBR 2017, 334

Dennoch gilt der Grundsatz, dass **Aufträge nur an geeignete Unternehmen** zu vergeben sind. Die **Eignungskriterien** sind verhältnismäßig zum Auftragswert und der Aufgabe zu bestimmen. So kommen als Eignungskriterien **Referenzen und Qualifikationen** (technische Leistungsfähigkeit) sowie **Umsatz und Bürostruktur** (wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in Betracht).

Bei den Referenzen zur Feststellung der Eignung sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Referenzleistungen müssen mit den ausgeschriebenen Leistungen nicht identisch sein, sondern die **referenzierten Leistungen müssen lediglich jenen nach Art und Umfang ähneln, so dass ein tragfähiger Rückschluss auf die technische bzw. berufliche Leistungsfähigkeit des betroffenen Bieters** möglich ist.¹⁹

Um den Aufwand für Auftraggeber und Bieter gering zu halten, sollte verstärkt von der Möglichkeit der Eintragung und des Einblicks in die **HPQR-Datenbank**, der Datenbank des Hessischen **PräQualifizierungsRegisters**, genutzt werden.

3. Leistungs- statt Preiswettbewerb

Dem **Leistungswettbewerb** ist bei Ingenieurvergaben **vor dem Preiswettbewerb der Vorzug** zu geben. Insbesondere nach Liberalisierung des Preisrechtes durch die HOAI-Novelle 2021 stellt dies die öffentlichen Auftraggeber vor weitere Unklarheiten, weil der Preiszwang aus der HOAI nicht mehr unmittelbar ableitbar ist. Nach dem **gesetzlichen Leitbild des § 76 I VgV** werden Architekten- und Ingenieurleistungen im Leistungswettbewerb vergeben. Danach darf das Honorar jedenfalls nicht alleiniges Zuschlagskriterium sein; ein **reiner Preiswettbewerb ist** – anders als bei Bauvergaben – **regelmäßig vergaberechtswidrig**. In welchem Verhältnis Preis und Leistung gewichtet werden, entscheidet allein der Auftraggeber; die Ingenieurkammer hält ein Verhältnis **von 30 % Preiskriterien zu 70 % Leistungskriterien** für angemessen, wengleich die BIngK und BAK sogar eine Minimierung des Preises als Zuschlagskriteriums auf 10 % vorsehen.²⁰ Insbesondere im Ingenieurbereich sind erhebliche Preisschwankungen bspw. im Rahmen der örtlichen Bauleitung möglich, sodass der Preiswettbewerb (zumindest ab Auftragswerten von EUR 100.000,00) nicht gänzlich ausgeschlossen werden sollte. Bei dieser Festlegung ist der Auftraggeber weitgehend frei, solange er das gesetzliche Ziel einer Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot nicht konterkariert.²¹

Im Rahmen des Leistungswettbewerbs ist das Ziel, den Auftrag an denjenigen Bieter zu vergeben, der im Hinblick auf die gestellte Aufgabe am ehesten die **Gewähr für eine sachgerechte und qualitätsvolle Leistungserfüllung** bietet. **Wesentliches Zuschlagskriterium** im Leistungswettbewerb soll daher die **Qualität** sein; denn die UVgO orientiert sich strukturell an der VgV, sodass ein Widerspruch vorliegt, wenn bei den größeren Vorhaben oberhalb der Schwelle die Priorität auf dem Leistungswettbewerb liegt, während unerschwinglich ein harter Preiswettbewerb zugelassen wäre.²²

Bei freiberuflichen Dienstleistungen hat das **eingesetzte Personal** regelmäßig großen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung, sodass als wesentliches Prüfkriterium im Leistungswettbewerb die **personenbezogenen Referenzen** in Betracht kommen.

¹⁹ VK Bund, Beschluss vom 11.06.2021 - VK 2-53/21.

²⁰ <https://bingk.de/wp-content/uploads/2020/03/Empfehlungen-Vergabe.pdf>; Greb, VergabeR 2019, 623 ff (626).

²¹ Schrammel/Stoye NJW 2021, 197

²² vgl. Zimmermann, ZfBR 2017, 334

Hinweis: Örtliche Bauüberwachung

Auch mit der HOAI 2021 wurde die örtliche Bauüberwachung als Besondere Leistung i. S. d. § 2 Abs. 3 HOAI qualifiziert, so dass die Vergütung diese frei vereinbar ist. Da die örtliche Bauüberwachung jedoch ein nahezu unverzichtbarer Leistungsteil ist, wurde in der amtlichen Erläuterung zu HOAI 2021 der Hinweis aufgenommen:

„Zu den Besonderen Leistungen zählt auch weiterhin die Örtliche Bauüberwachung in den Objektplanungen Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen. Als Orientierungswert für das Honorar kann hier analog der amtlichen Begründung zur HOAI 2009 weiterhin eine Höhe von 2,3 bis 3,5 % der anrechenbaren Kosten angenommen oder ein Honorar als Festbetrag unter Zugrundelegung der geschätzten Bauzeit bzw. nach nachgewiesenem Zeitbedarf vereinbart werden.“²³

4. Vergütung

Mit Novellierung der HOAI wurde der Mindestsatz durch den Basishonorarsatz abgelöst. Der **HOAI-Basishonorarsatz** stellt gem. **§ 1 Abs. 1 Satz 2 ArchLG (Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen)** per definitionem für die in der HOAI geregelten Grundleistungen die **Untergrenze** des bei Berücksichtigung der Interessen aller Vertragspartner noch **angemessenen Honorars** dar.²⁴

Somit lässt **jede Unterschreitung des Basishonorarsatzes – soweit diese für Grundleistungen in der HOAI geregelt sind – das betreffende Honorarangebot unangemessen niedrig i. S. v. § 60 I VgV erscheinen** und zwingt daher zu einer substantziellen Preisaufklärung. Nach § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV gilt das gebundene Ermessen, dass der Zuschlag auf ein Unterkostenangebot grundsätzlich abzulehnen ist, wenn verbleibende Ungewissheiten nicht zufriedenstellend aufgeklärt werden können: eine solch „zufriedenstellende Aufklärung“ setzt voraus, dass der Auftraggeber sich mit Art und Umfang der im konkreten Fall drohenden Gefahren für eine wettbewerbskonforme Auftragserledigung auseinandersetzt.²⁵ Ebenso hat er zu dokumentieren, warum er sich entscheidet, einen solchen Auftrag anzunehmen und wie er nachgeprüft hat, dass das Honorar nicht unauskömmlich ist. Denn die Auskömmlichkeit des Honorars dient dazu, die dauerhafte Leistungsfähigkeit des bezuschlagten Bieters zumindest für die Dauer des Auftrags sicherzustellen und dient damit auch der Absicherung des Auftraggebers sowie der Qualität der Leistung. Der Auftraggeber muss sich daher mit den Risiken, die einem Unterkostenangebot innewohnen, auseinandersetzen.²⁶ Ein Unterkostenangebot ist kein wirtschaftliches im Sinne des Vergaberechts, sodass dies rechtlich bedeuten würde, dass aus vergabefremden Gesichtspunkten nicht das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhielt, was wiederum einen schwerwiegenden, die Rückforderungen von Zuwendungen rechtfertigenden Vergabeverstöß bedeuten würde.²⁷

Folglich ist der Auftraggeber – insbesondere im Unterschwellenbereich – auch bzgl. der Notwendigkeit, vergleichbare Angebote zu erhalten, gut beraten, zunächst für die Grundleistungen die **Basishonorarsätze nebst Honorarparametern wie**

²³ BT-Drs. 19/22810; Erste Verordnung zur Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, BR-Drs. 539/20.

²⁴ Schrammel/Stoye NJW 2021, 198.

²⁵ BGH, 31.01.2017 - X ZB 10/16, VPRRS 2017, 0080.

²⁶ BGH, 31.01.2017 - X ZB 10/16, VPRRS 2017, 0080; VK Bund, Beschluss vom 12.07.2019 - VK 1-35/19,

²⁷ vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 24.02.2021 - 4 A 2038/16 m. w. N.

anrechenbare Kosten, Honorarzone etc. vorzugeben. Hierzu ist der Auftraggeber auch berechtigt. Zwar trägt er grundsätzlich das Risiko für die Auskömmlichkeit der Vergütung; diese wurde aber bei der Verwendung von Basishonorarsätzen angenommen. Da zudem in den Planerverträgen vorzusehen ist, dass mit Erhöhung der anrechenbaren Kosten auch die Vergütung erhöht wird, ist das Risiko gering. Die Ermittlung der vorläufigen Höhe der anrechenbaren Kosten sowie Erwägungen zur Auskömmlichkeit sind zudem im Rahmen der Bedarfsermittlung – ggf. unter Hinzuziehung externen Rates zu tätigen. Bei solchen Ausschreibungen mit festen Preisvorgaben kann der Wettbewerb vollständig auf leistungsbezogene Merkmale verlagert werden (siehe Nr. 3).

Hinweis zur Örtlichen Bauüberwachung:

Auch mit der HOAI 2021 wurde die örtliche Bauüberwachung als Besondere Leistung i. S. d. § 2 Abs. 3 HOAI qualifiziert, so dass die Vergütung diese frei vereinbar ist. Da die örtliche Bauüberwachung jedoch ein nahezu unverzichtbarer Leistungsteil ist, wurde in der amtlichen Erläuterung zu HOAI 2021 der Hinweis aufgenommen:

„Zu den Besonderen Leistungen zählt auch weiterhin die Örtliche Bauüberwachung in den Objektplanungen Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen. Als Orientierungswert für das Honorar kann hier analog der amtlichen Begründung zur HOAI 2009 weiterhin eine Höhe von 2,3 bis 3,5 % der anrechenbaren Kosten angenommen oder ein Honorar als Festbetrag unter Zugrundelegung der geschätzten Bauzeit bzw. nach nachgewiesenem Zeitbedarf vereinbart werden.“²⁸

Hinweis zu hoheitlichen Vermessungsleistungen:

Für die Vergütung von hoheitlichen Vermessungsleistungen sind die Gebührensätze der Nr. 71 (Kataster- und Vermessungswesen, Zeitaufwand) der HMWEVW-Verwaltungskostenordnung (link: Verwaltungskostenordnung für den Geschäftsbereich des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen (VwKostO-MWEVW)) verbindlich und definieren so die auskömmliche und wirtschaftliche Mindesthonorierung.²⁹ *„Diese für öffentlich-rechtliche Vermessungsleistungen und damit auch für öffentlich bestellte Vermessungsingenieure (ÖbVI) im Rahmen ihrer Aufgabenwahrnehmung geltenden Gebühren sind so berechnet, dass ein absolutes Mindestentgelt unter Berücksichtigung kalkulatorischer Kosten mit nach Preisrecht zu gewährendem Zuschlag für Wagnis und Gewinn besteht. Das schließt nicht aus, dass je nach Objekt und Auftrag neben längerer Bearbeitungszeiten auch höhere Stundensätze gerechtfertigt sind; auch insoweit bleibt in solchen begründeten Fällen der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit im Verhältnis Preis-Leistung gewahrt; allein der niedrigste Stundenverrechnungssatz erfüllt die Anforderungen an die Wirtschaftlichkeit eines Auftrages nicht.“³⁰*

Für die nichthoheitlichen Vermessungsleistungen enthält die Anlage 1 der HOAI 2021 unter 1.4 einen Orientierungsrahmen.

²⁸ BT-Drs. 19/22810; Erste Verordnung zur Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, BR-Drs. 539/20.

²⁹ So schon Rundschreiben des HMWEVL vom 06.01.2016 – III.4 – 059c 04# IngVmL „zum Öffentlichen Auftragswesen – Vergabe von Ingenieurleistungen.“

³⁰ ebd.

IV. Bedarfsermittlung in Direktbeauftragung

Nach der Bauvertragsrechts-Novelle aus 2018 ist eine der wesentlichen Pflichten nach § 650p Abs. 2 BGB aus Architekten- und Ingenieurverträgen, dass – soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind – der Ingenieur eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen hat. Er muss hierfür dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vorlegen. Diese Pflicht ist unter der Begrifflichkeit „**Bedarfsplanung und Bedarfsermittlung**“ eingeführt.

In Bezug auf das Vergaberecht ist die Bedarfsermittlung eng mit der **Feststellung des Beschaffungsbedarfs** verknüpft. Die Feststellung des Beschaffungsbedarfs ist Grundlage für die Vergabekonzeption von Planungsleistungen. Der Auftraggeber hat Inhalt und Umfang seines Bedarfs so genau wie möglich zu bestimmen.³¹ Hierzu gehören: Umfang der zu beschaffenden Planungsleistungen, Ziele dieser, ggf. die Aufteilung dieser in Lose, Leistungszeitraum, erforderliche Qualitäten auch in Bezug auf Eignungs- und Zuschlagskriterien, voraussichtliche Auftragswerte. Diese Parameter müssen bekannt sein, damit die richtigen Entscheidungen über die Zuordnung zum Vergaberegime, die Wahl der Verfahrensart und die Loseaufteilung getroffen werden können. Fehlentscheidungen bzgl. dieser führen zu schwerwiegenden Vergabeverstößen, die die Rückförderung von Fördermitteln rechtfertigen.

Insbesondere ist der **Auftraggeber verpflichtet, den Auftragswert verlässlich zu ermitteln, ggf. durch Hinzuziehung außenstehender Sachverständiger. Denn der Auftragswert ist maßgeblich für die Einordnung in den Unter- oder Oberschwellenbereich (Vergaberegime) sowie die Wahl der Verfahrensart aufgrund der Wertgrenzen.** Ist der Auftragswert unzutreffend ermittelt und deswegen bspw. die Einordnung in den Unterschwellenbereich oder auch eine Verfahrensart unzutreffend ermittelt, so drohen hier zum einen (sofern es sich in die Einordnung in Unter- oder Oberschwellenbereich handelt) Sanktionierungen wegen einer unzulässigen de facto-Vergabe³² oder aber auch die Rückforderung von Fördermitteln wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen und **schwerwiegender Vergabeverstöße**.

Ist der Auftraggeber selbst nicht in der Lage, den Beschaffungsbedarf hinreichend festzustellen, insbesondere den auskömmlichen Auftragswert zu ermitteln und/oder Leistungsziele und Qualitätsanforderungen zu definieren, so hat er externe Experten hinzuzuziehen.³³ Diese Experten werden auch als **Projektanten** bezeichnet.³⁴

Während im Leistungsbild der Objektplanung nach Anlage 10 die **Bedarfsplanung und Bedarfsermittlung als besondere Leistung** i. S. d. § 2 Abs. 3 HOAI verortet ist, ist dies in den Leistungsbildern für Ingenieurbauwerke (Anlage 12), Verkehrsanlagen (Anlage 13), Tragwerksplanung (Anlage 14) und TGA (Anlage 15) nicht der Fall. Allen gemeinsam ist jedoch, dass jeweils die erste Teilleistung in der Leistungsphase 1 die „Klärung der Aufgabenstellung aufgrund der Vorgaben oder der Bedarfsplanung des Auftraggebers“ enthält. Gedanklich wird also die Bedarfsplanung vorausgesetzt. Hieraus kann abgeleitet werden, dass die Bedarfsplanung bzw. Bedarfsermittlung keine Grundleistungen ist, weil sie eben zeitlich vor den Grundleistungen der Leistungsphase

³¹ Krohn in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021 § 19 Rn. 3-7.

³² BGH, Urteil vom 20.11.2012 - X ZR 108/10; VK Thüringen, Beschluss vom 21.05.2015, 250 - 4003 - 2353 / 2015 - E - 003 – SON.

³³ BGH, Urteil vom 20.11.2012 - X ZR 108/10.

³⁴ König in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 14 Rn. 6 f.

1 erfolgen muss; demnach ist eine Einordnung als besondere Leistung bzw. als besondere zu betrachtende Vorleistung (Leistungsphase 0).

Da die Auftraggeber darauf angewiesen sind, den Beschaffungsbedarf, insbesondere die Überwachungs- und Planungsziele hinreichend zu bestimmen, ist es von wesentlicher Bedeutung, wie sie die Bedarfsplanung und -ermittlung bestellen können, wenn sie nicht selbst in der Lage sind, dies im eigenen Hause zu tun.

Zum einen bietet hier § 1 HVTG die Möglichkeit, **bis EUR 10.000,00 einen Direktauftrag** auszulösen. Bei Ingenieurleistungen ist es jedoch nicht selten der Fall, dass bereits die Bedarfsermittlung und -planung Honorar bis zu EUR 25.000,00 erhält. Folgerichtig hat z. B. das Saarland³⁵ dafür vorgesehen, dass bei bis zu EUR 25.000,00 ein Direktauftrag vergeben werden kann.

Als Alternativvariante ist ebenfalls in Betracht zu ziehen, dass Kommunen künftig über Rahmenvertragsausschreibungen sich für mehrere Jahre einen größeren Pool von Ingenieurbüros für jeweils kurzfristig Bedarfsermittlungen und -planungen verschaffen können, um dann über Einzelaufträge schneller vergeben werden können.

Die Beteiligung eines **Ingenieurs als Projektant** zur Vorbereitung einer Vergabe führt **NICHT** per se zu seinem **Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren**; ein Ausschluss ist nur vorzunehmen, wenn der Projektant durch seine Mitwirkung einen Wettbewerbsvorteil erlangt, der nicht durch Information der übrigen Bieter ausgeglichen werden kann.³⁶ Dies ist in praxi selten der Fall. Die Erwägungen und ggf. erforderlichen Maßnahmen zur Vermeidung eines Wettbewerbsvorteils sind im Vergabevermerk zu dokumentieren.

Stand: Oktober 2021

³⁵ Rundschreiben zur Festsetzung von Auftragswertgrenzen bei Vergaben im Unterschwellenbereich (2019).

³⁶ EuGH Urt. v. 3. 3. 2005 – C–21/03 und C–34/03, NZBau 2005, 351 – Fabricom.